

Überstrapazierte Gewährsklausel in der Finanzmarktregulierung

Als Rechtsgrundlage für die Regeln im Bankgeschäft dient schwergewichtig die Gewährsklausel: Bankiers müssen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Das ist rechtsstaatlich problematisch, weil so die Aufgabenteilung zwischen Parlament, Bundesrat und Finma im Bereich der Finanzmarktregulierung ausgehebelt wird. Von Felix Uhlmann

Jedermann muss sich im Verkehr so verhalten, dass er andere in der ordnungsgemässen Benützung der Strasse weder behindert noch gefährdet. Diese Regel gibt es. Sie steht im Schweizerischen Strassenverkehrsgesetz. Was wäre, wenn es nur diese Regel gäbe? Die Polizistinnen und Polizisten müssten nach Gutdünken entscheiden, ob jemand zu schnell gefahren ist. Vielleicht würde die Polizei auf ihrer Website darüber informieren (neudeutsch wohl unter der Rubrik «FAQ»), was sie derzeit innerorts, ausserorts und auf Autobahnen als Höchstgeschwindigkeit toleriert. Vielleicht würde sich die Polizei aber auch vorbehalten, im Einzelfall je nach Quartierverträglichkeit, Wetterlage, Fahrzeug, Fahrtüchtigkeit des Lenkers usw. zu entscheiden, wie schnell gefahren werden darf. Automobilistinnen oder Automobilisten dürfte diese Vorstellung kaum behagen – mit Grund: Die Rechtslage wäre oft unsicher, die Macht der Polizei unbegrenzt.

Unbestrittener Grundsatz

Die Rechtslage ist natürlich eine andere. Das Strassenverkehrsrecht gehört zu den mit hoher Dichte und Bestimmtheit geregelten Rechtsgebieten. Gesetze und Verordnungen halten fränkengenaue eine Vielzahl von Ordnungsverstössen im Strassenverkehr fest. Bankiers (und weitere Akteure des Finanzmarkts) müssen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Gewährsklausel) bieten. Auch diese Regel gibt es. Sie steht im Bankengesetz. Als Grundsatz ist sie unbestritten – so richtig, wie der Strassengesetzgeber einen Grundsatz über das ordnungsgemässe Verhalten im Strassenverkehr aufgestellt hat. Die Frage ist aber, welche weiteren Bestimmungen im Finanzmarktrecht sonst noch zu finden sind und was alles aus der Gewährsklausel abgeleitet werden darf. Hier beginnen die rechtlichen Bedenken.

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finma) erlässt derzeit eine Vielzahl von Regelungen in der Form von Rundschreiben oder informiert darüber auf ihrer Website. Pflichten der Banken im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr, Pflichten der Banken gegenüber externen Vermögensverwaltern, Pflichten der Banken im Bereich der Retrozessionen sind allesamt auf der Stufe von Behördeninformationen geregelt. Es handelt sich dabei um wichtige Fragen des Bankgeschäfts, teilweise wurden eigentliche Paradigmenwechsel vollzogen.

Als Rechtsgrundlage für diese Regeln dient schwergewichtig, teilweise ausschliesslich die Gewährsklausel: Bankiers müssen Gewähr für eine

einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Dies halte ich für rechtsstaatlich problematisch. Dabei geht es nicht darum, die Regeln der Finma als solche oder einfach die Finma zu kritisieren. Vielmehr soll schlicht an die Aufgabenteilung von Parlament, Bundesrat und Finma im Bereich der Finanzmarktregulierung – wie in der Rechtsordnung insgesamt – erinnert werden. Die Bundesverfassung berechtigt und verpflichtet das Parlament, über wichtige Fragen zu entscheiden. Die Antworten des Gesetzgebers dürfen nicht derart vage sein, dass sie den nachfolgenden Behörden beliebige Konkretisierungen erlauben. Die hinreichend klare Festlegung wichtiger Regeln auf Stufe des Gesetzes ist ein Gebot von Rechtssicherheit und Demokratie. Damit werden auch die Rechte des Volkes gewahrt.

Dem Bundesrat kommt eine wichtige Rolle bei der Vorbereitung von Gesetzen und bei deren Umsetzung auf Verordnungsstufe zu. Der Prozess der Verordnungsgebung unterliegt einem klar strukturierten, formalisierten Ablauf, unter Einbezug der ganzen Bundesverwaltung und oft auch interessierter Privater. Verordnungen werden publiziert.

Die Finma kann als Vollzugsbehörde Verordnungen (zweiter Stufe) erlassen, aber nur dort, wo es in der übergeordneten Finanzmarktgesetzgebung vorgesehen ist. Rundschreiben kann und soll die Finma verschicken. Sie darf darin nur bereits bestehende Pflichten im Gesetzes- und Verordnungsrecht verdeutlichen, nicht neue Rechte und Pflichten festschreiben. Genau dies geschieht aber in der derzeitigen Praxis der Finma, gestützt auf viel zu offene gesetzliche Regelungen und trotz fehlenden Regelungen auf Gesetzesstufe. Parlament, Bundesrat und Finma sind in der Pflicht.

Es soll nicht verschwiegen werden, dass das Finanzmarktrecht eine lange Tradition offener Bestimmungen auf Gesetzesstufe hat. Die Gewährsklausel ist treffend auch schon als Zauberstab der Finma (Peter Nobel) bezeichnet worden – weil die Finma (bzw. die frühere Eidgenössische Bankenkommission, EBK) damit alles machen könne. Die Finanzmarktgesetzgebung muss auch flexibel genug gestaltet sein, um auf neue Herausforderungen rasch reagieren zu können. Die Öffentlichkeit mag Wunder fordern. Trotzdem gehören Zauberstäbe eher in die Hände von Leinwandhelden als in Behördenhände.

TBTF als Musterbeispiel

Dass die Aufgabenteilung zwischen Parlament, Bundesrat und Vollzugsbehörden durchaus funktioniert, zeigt beispielsweise die Regelung der «Too-big-to-fail-Problematik» (TBTF). Auch hier geht es nicht darum, zu diesen Änderungen inhalt-

lich Stellung zu nehmen. Das Beispiel soll lediglich verdeutlichen, dass der Gesetzgeber sehr wohl in der Lage ist, finanzmarktrechtliche Entscheidungen zu treffen und auf Gesetzesstufe die notwendigen Grundlagen zu schaffen. Heute besteht in der TBTF-Frage ein reiches Geflecht von Bestimmungen auf Gesetzes- und Verordnungsstufe. Auch in vielen anderen Gebieten ist das Finanzmarktrecht bestens mit Gesetzen und Verordnungen versorgt – es besteht deshalb keinerlei Anlass, an der Funktionsfähigkeit des Gesetzgebungsprozesses zu zweifeln und mit Zauberei vorliebzunehmen.

Felix Uhlmann ist Professor für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre an der Universität Zürich. Er hat für die Vereinigung Schweizerischer Privatbankiers (VSBP) / Association des Banquiers Privés Suisses (ABPS) ein Gutachten zur Regulierung der Finma im Bankbereich erstellt.